

排除型私的独占行為の認定における 意図の役割

— 米国の単独行為規制からの示唆 — (1)

宍戸 聖*

はじめに

1. 研究の背景

従来、排除行為の正当・不当を峻別することが然程重視されてこなかったが¹⁾、現在の日本における通説的な理解は、行為の形式に留まらず、当該行為が実際に市場に及ぼす影響を考慮して評価が決するというものである²⁾。競争事業者を打倒して利益の最大化を図ることは正当な競争行動の一環であるため、排除効果は正当な事業活動によっても生じうる³⁾。したがって、正当な事業活動による排除と独禁法が規制の対象とすべき不当な行為による「排除」を峻別する必要性が生じる。そのため、講学上の議論では、正当な排除行為と不当な排除行為の峻別の在り方が議論さ

* 青山学院大学大学院法学研究科博士前期課程修了。京都大学大学院法学研究科博士後期課程在籍中。本稿は、2015年度に青山学院大学大学院法学研究科に提出した修士論文の内容を『青山ローフォーラム』掲載用に編集したものである。

1) 詳しくは、川濱昇「独占禁止法二条五項（私的独占）の再検討」京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会『京都大学法学部創立百周年記念論文集3巻（民事法）』（有斐閣、1999年）349頁参照。

2) 川濱昇「私的独占解釈論の現状と課題」経法28号（2007年）20～21頁参照。

3) 金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄『独占禁止法（第5版）』（弘文堂、2015年）157頁〔山部俊文執筆〕参照。

れてきた。近時は、この峻別について、経済分析手法の導入による精緻化・公平化が試みられている⁴⁾。米国で導入されたとみられる経済分析手法を参照した議論が散見され、「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針(以下、「排除ガイドライン」)」もこの考え方をもとに作成されているといえる⁵⁾。

ところが、現在でも、反競争の効果と競争促進効果が拮抗し、或いはそれらの峻別が困難になるような事例では、経済分析手法の導入によっても「排除」を峻別出来ない場合がある。本稿では、このような場合を排除型私的独占規制における限界事例と定義する⁶⁾。これまでの日本では限界事例の実例が少なかったが、私的独占規制の活発化に伴って事例数が増加したために近年では限界事例が散見されるようになった。このような経緯から限界事例を想定した議論が殆どされてこなかったため、限界事例における違法性判断の在り方についてはより発展的な議論を展開する必要がある。

なお、本稿においては、意図という語を故意、目的、動機、認識等の様々な主観的要素の概念を内包する広義の意味で用い、また、意図を「反競争的意図」と「正当化理由としての意図」、「主観的意図」と「客観的意図」に分類する。前者は行為に付随する目的の独禁法上の不当性を基準とした分類であり、後者は認定証拠の種類に応じた分類である。因みに、ここでのいう主観的要素とは広く意図全般を意味する。また、「主観的意図」や「客観的意図」はあくまでも意図の一分類であり、いずれも一般的な意味合いでは主観的要素に位置付けられるといえる。

2. 研究の対象と方法

前項の問題意識に対する解決方策を考えるうえで参照したのが、米国における意図に関する議論である。米国には、1980年代以降の主要な独占規制事例の中に、

4) 滝川敏明「排除行為の違法判定—競争法基準と独禁法への示唆」経法28号(2007年)40頁、栗田誠「私的独占規制の理論と実務」経法28号(2007年)75頁参照。

5) 公正取引委員会「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」(2009年)〈<http://www.jftc.go.jp/dk/guideline/unyoukijun/haijyogata.files/haijyogata.pdf>〉第2の2(1)参照。

6) 限界事例という語は、Trinko事件で用いられた表現を参考としたものである。See *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 401 (2004).

限界事例として位置付けられるものが幾つかある。そのため、経済分析手法を用いても「排除」の峻別が困難となる場合の違法性判断の在り方が議論されてきた⁷⁾。その一例が意図に関する議論である。米国では、意図に係る認定証拠の種類に基づいた意図の分類と意図の役割の検証が試みられ、事業者の意図が「排他的行為」の峻別において重要な役割を果たすと論じられてきた⁸⁾。

他方、日本には、単独行為規制の違法性判断における意図の考慮を包括的に論じた文献が殆どない。そこで、米国の学説及び判例法理から明らかになる意図の役割を参考に、排除型私的独占行為の認定における意図の役割を検討する。

競争者排除行為の正当・不当の峻別が顕著に問題になるのは、単独の取引拒絶行為の違法性判断である。単独の取引拒絶の規制は事業者の取引の自由を抑制することにも繋がるため、その違法性判断が困難になる場合が多いからである⁹⁾。そのため、限界事例の多くは、単独行為者による取引拒絶的性質を有する行為が問題とされたものである。したがって、本稿では、単独の取引拒絶行為または単独事業者による取引拒絶的性質を有する競争者排除行為を中心に検討を行う。なお、単独の取引拒絶等の非価格性の行為だけでなく、不当廉売規制等の価格性の行為においても意図の考慮が問題とされる場合がある。しかし、価格性の行為の違法性判断においては費用基準による違法性判断が主流とされている一方で、非価格性の行為の違法性判断においては費用基準のような定量的基準を導入することが難しいため、非価格性の行為類型の違法性判断においては意図の考慮の問題がより顕著に現れる傾向にある。したがって、本稿では非価格性の行為類型を中心に検討を行う。

7) See *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Co.*, 472 U.S. 585 (1985); *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992); *United States v. Microsoft Co.*, 253 F.3d 34, 48 (D.C. Cir. 2001); *LePage's, Inc. v. 3M*, 324 F.3d 141 (3rd Cir. 2003).

8) See *e.g.*, Ronald A. Cass & Keith N. Hylton, *Antitrust Intent*, 74 S. CAL. L. REV. 657, 658-659 (2001); Marina Lao, *Reclaiming a Role for Intent Evidence in Monopolization Analysis*, 54 AM. U. L. REV. 151 (2004); Marina Lao, *Aspen Skiing and Trinko: Antitrust Intent and "SACRIFICE"*, ANTITRUST L.J. 171,171-177 (2005); Maurice E. Stucke, *Is Intent Relevant?*, 8 J. L. ECON. & POL'Y 801 (2012).

9) 根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説（第4版）』（有斐閣、2010年）218～219頁参照。

3. 本研究の意義・特色

これまで、様々な表現を用いて「排除」の峻別が試みられてきたが、行為者の意図は然程注目されてこなかった。他方で米国では、行為者の意図を競争者排除行為の成否判断において考慮要素とすることの是非が議論されてきた経緯があり、意図の考慮に関する議論の蓄積が日本に比して豊かである。これらの米国の議論を参照すると、本稿で検討を行う幾つかの事例では排除行為該当性を判断する際に意図の考慮を欠くことが出来なかったと評価する余地があることがわかる。しかし、日本の裁判実務における通説的見解によれば、排除型私的独占成否の判断において原則として意図は考慮されないとされており、違法性判断における意図の取扱いが公式化されていないと考えられる。そのため、実質的に、違法性判断における考慮要素として意図を用いるか否かが公正取引委員会（以下、「公取委」）の裁量に委ねられているといえる¹⁰⁾。このような問題が生じるのは、違法性判断において意図が考慮要素とされるべき事案とそうでない事案の分類がなされていないためであろう。

4. 論文の構成

本稿の内容は、「はじめに」、「Ⅰ：日本の単独行為規制における意図の役割」、「Ⅱ：米国の単独行為規制における意図の役割」、「Ⅲ：排除型私的独占の認定における意図の役割と課題」、「Ⅳ：結語」の5章から成る。

Ⅰでは、日本の単独行為規制の沿革を踏まえて単独行為規制の違法性判断における意図の役割に関する議論状況を整理し、単独の取引拒絶事例を中心に検討を行うことで、日本の単独行為規制における意図の取扱いの現状を明らかにする。

Ⅱでは、米国の単独行為規制の沿革を整理したうえで単独行為規制における意図の役割に関する議論を整理・紹介し、単独の取引拒絶事例を中心に検討を行い、米国の単独行為規制における意図の役割を明らかにする。

Ⅲでは、ⅠとⅡの内容を踏まえ、意図の役割と重要性について日米間の相違点及び共通点を整理し、整理から得られた示唆をもとに日本の排除型私的独占規制における意図の役割を検討する。

10) なお、後に述べるように、排除ガイドラインは、複数行為の事例を例に挙げて排除の意図が考慮される場合もあると述べている。

最後にⅣを結論とする。

なお、本論文は全二篇構成であり、本稿はその第一篇である。そのため、本稿にはⅠまでの内容が記載されており、Ⅱ以降の内容は第二篇として次号に掲載される。

Ⅰ. 日本の単独行為規制における意図の役割

1. 日本の単独行為規制の沿革

(1) 排除型私的独占

あらゆる企業行動は排除の性質を有するため、2条5項が定める文言の通りに「他の事業者の事業活動を排除」する行為を排除行為と定義してしまうと、あらゆる事業活動が「排除」に認定されることになる。そのため、正常な競争行動と反競争的行為とを峻別する基準が必要であると議論されてきた。その過程で、「排除」の峻別を試みる必要性が認識され、「人為的な行為」、「反競争的な行為」、「非難に値する行為」等の表現によって、「排除」概念に包摂される事業活動の限定が試みられてきた¹¹⁾。また、近年では、米国の議論を参考として「効率によらない排除」や「ライバル費用引き上げ戦略 (raising rival's costs. 以下、「RRC」)」、「略奪的行為」等の概念によって排除行為を説明しようとする試みもみられる¹²⁾。このような議論の展開を経て、「人為的な反競争行為」が「排除」に包摂されるとする考えが現在の通説的理解である¹³⁾。近時の重要判例であるNTT東日本事件は、排除行為該当性は、当該行為が「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり」、「市場への参入を著しく困難にする等の効果を持つものといえるか否かによって決すべき」と述べてお

11) 実方謙二『独占禁止法（第4版）』（有斐閣、1998年）64頁、谷原修身『新版独占禁止法要論』（中央経済社、2006年）92頁、根岸哲編『注釈独占禁止法』（有斐閣、2009年）40～43頁〔川濱昇執筆〕、柳武史「私的独占の排除の解釈における排除効果の位置付け」新・判例解説Watch46号（2014年）2～3頁、久保成史・田中裕明『独占禁止法講義（第3版）』（中央経済社、2014年）61頁、金井ほか・前掲注（3）158頁〔山部俊文執筆〕参照。

12) 川濱・前掲注（1）390頁、川濱昇「競争者排除型行為規制の理論的根拠—不公正な取引方法を中心に—」公取671号（2006年）20頁、根岸編・前掲注（11）40頁〔川濱昇執筆〕参照。

13) 金井ほか・前掲注（3）158頁〔山部俊文執筆〕参照。

り¹⁴⁾、「排除」の定義に関する講学上の議論における通説的理解と判例上の通説的理解は概ね一致していると思われる¹⁵⁾。

実務においては、排除行為該当性の判断は「多少なりとも具体化された一般指定の行為類型から出発する」のが一般的とされている¹⁶⁾。但し、通常独禁法違反とはされ得ない行為であっても「排除」として規制することは可能であり、「排除」に包摂される行為が一般指定の行為類型と合致していることは十分条件であっても必要条件ではない。

(2) 不公正な取引方法（単独の取引拒絶）

単独の取引拒絶規制は事業者の取引先選択の自由に介入する性質を有しており、民法の基本原則である契約自由の原則を制限することに繋がるため、一般に、単独の取引拒絶行為の規制は謙抑的に行われるべきであると考えられている¹⁷⁾。また、通常、一方の事業者が取引を拒絶したとしても、被拒絶事業者は自由に他の取引先を見出せるため、取引の拒絶が問題とされないことが多い。単独の取引拒絶が不公正な取引方法に該当するためには、取引拒絶行為によって公正競争阻害性が生じていることを事案ごとに立証しなければならない。

「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針（以下、「流通・取引慣行ガイドライン」）」は、原則的に、単独の取引拒絶行為は問題とされないとしている。しかしながら、①取引拒絶を独禁法上違法な行為の実効性確保手段として用いる場合と、②市場における有力な事業者が、競争者を排除する等の独禁法上不当な目的の達成に向けた手段として、取引拒絶を行い、これによって取引を拒絶される事業者の通常の事業活動が困難となるおそれがある場合には、公正競争阻害性を見出すことができるとしている¹⁸⁾。

14) 最二小判平成22年12月17日民集64巻8号117頁〔NTT東日本事件最判〕128頁引用。

15) この文言は、公取委審判審決平成24年6月12日審決集59巻第一分冊59頁〔JASRAC事件審決〕や、東京高判平成24年12月21日審決集59巻第二分冊256頁〔ニプロ事件高判〕、最三小判平成27年4月28日民集69巻3号518頁〔JASRAC事件最判〕において、「排除」を説明する文言として繰り返し用いられている。

16) 栗田・前掲注（4）74頁引用。

17) 山部俊文「取引拒絶・抱き合わせ販売等・排他条件付取引」公取681号（2007年）2～3頁、根岸ほか・前掲注（9）217～221頁参照。

18) 独禁研報告は、本文中の①・②に加え、濫用行為として取引拒絶が行われる場合を含めた3つを単独の取引拒絶行為に公正競争阻害性が見出せる場合としてあげていた。詳

②の公正競争阻害性は自由競争の減殺と解するのが一般的である¹⁹⁾。流通・取引慣行ガイドラインは、②でいう「有力な事業者」を峻別する一定の目安として、画定された市場「におけるシェアが10%以上又はその順位が上位3位以内である」ことを挙げている。「不当な目的」という文言については、これを問題とせず、当該取引拒絶行為によって被拒絶事業者の事業活動の継続が困難とされれば、公正競争阻害性が生じたものと認めるという考えもある²⁰⁾。しかし、既に述べたような取引先選択の自由への配慮の必要性に鑑みれば、取引拒絶によって被拒絶事業者にもたらされた不利益のみをもって当該取引拒絶行為を独禁法違反とすることが望ましくないことは明かである。したがって、学説では、「不当な目的」という文言は取引先選択の自由への配慮であると考えられている²¹⁾。すなわち、事業者が競業者を排除しようとするのは当然のことであり、競争者より優位な地位を獲得しようとする点について、独禁法の目的に照らして正当な取引拒絶と不当な取引拒絶の峻別が困難となる場合が多いため、正当な取引拒絶と不当な取引拒絶を峻別するための基準の一つとして、独禁法上不当な目的の達成に向けられたものであるか否かを検討していると考えられる²²⁾。

不当な目的の達成に向けられた取引拒絶の典型例として、市場における有力な事業者による取引相手方の排除を目的とした既存の継続的取引の打ち切りがある。流通・取引慣行ガイドラインでは、競争者の排除が違法な取引拒絶の一例として挙げられている。実際の事例では、これに留まらず、取引相手方とその競争者との間における価格競争を回避するために、取引拒絶行為を通して競争者を排除し、さらに製品の価格維持を図ったことが、不当な目的に向けられた取引拒絶であると認定された岡山県南生コンクリート協同組合事件や²³⁾、競争者の事業活動を困難にすることの

しくは、独占禁止法研究会「不公正な取引方法に関する基本的な考え方（2・終）」公取383号（1982年）56頁参照。

19) 公取委「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」（1991年：2010年改正）第1部 第三の2、第四、根岸ほか・前掲注（9）217～220頁参照。

20) 独占禁止法研究会報告・前掲注（18）56頁参照。

21) 詳しくは、金井ほか・前掲注（3）287～288頁〔川濱昇執筆〕参照。

22) 白石忠志・多田敏明編『論点体型独占禁止法』（第一法規、2014年）109頁〔原悦子執筆〕参照。

23) 公取委勧告審決昭和56年2月18日審決集27巻112頁。

他に格別の理由が見受けられないとして当該取引拒絶が不当な目的に向けたものであると認定されたサギサカ事件等がある²⁴⁾。

2. 日本における意図の議論の展開

近年の日本では、意図の有無が単独行為の違法性判断を左右するようなことは無いと考えられている。例えば、NTT 東日本高裁判決では、裁判所が、「排除行為の判断に当たって、主観的な意図は必要ではなく、客観的に排除行為が認められれば足りるから、原告が他事業者を排除する意思を有していたかどうかは、前記判断を左右するものではない」と述べている²⁵⁾。したがって、少なくとも、排除行為該当性の判断における意図の考慮については消極的な立場をとるのが通説的理解であると考えられる。しかし、排除ガイドラインは、「行為者が他の事業者の事業活動を排除する意図を有していることは、排除行為に該当するための不可欠の要件ではない。しかし、主観的要素としての排除する意図は、問題となる行為が排除行為であることを推認させる重要な事実となりうる。さらに、排除する意図の下に複数の行為が行われたときには、これらの行為をまとめて、排除する意図を実現するための一連の、かつ、一体的な行為であると認定し得る場合がある」と説明しており、意図を考慮することの有益性について一定の理解を示している²⁶⁾。近年の私的独占事例では、排除行為該当性の判断において行為者の意図の考慮が欠かせなかったとみられる事例が散見されるため、ガイドラインはこの実態を考慮したものと考えられる²⁷⁾。

講学上の議論では、単独行為規制における意図の役割について包括的に論じた文献が殆どない。単独行為規制における意図を取り扱った主な先行研究には、丹宗昭信教授による私的独占における競争制限的意思について論じられたものと、稗貫俊文教授による知的財産権行使と独禁法違反行為の成立の関係を論じるなかで意図の考慮が取扱われたもの、そして、古川博一氏による、単独行為の違法性判断におい

24) 公取委審決平成12年5月16日審決集36巻53頁。

25) 詳しくは、[NTT東日本事件最判] 2152頁参照。

26) 公取委・前掲注(5)第2の1(1)引用。

27) したがって、NTT事件高裁判決の見解は実態に則したものといえない。このことは議論の対象とされて然るべき問題であるにも関わらず論じる者はおらず、また、米国の意図に関する議論状況を十分に参照したと思われる文献もない。

て意図がどのように考慮されるべきかを論じた文献がある²⁸⁾。これらのうち、意図について体系的に論じたのは古川氏の先行研究のみといえる²⁹⁾。2003年以降は意図を議論の対象とする論者が殆どおらず、体系書や判例評釈では、排除型私的独占規制における意図の評価が問題となることがあるとして、必要最低限の解説が加えられるに留まっている³⁰⁾。

なお、学説上は、排除ガイドラインの見解を踏まえて、反競争的行為の遂行に向けられた意図の考慮について、違法性の充足に必要な不可欠な要件ではないとしつつ、重要な役割を担うものであると解することが一般的である³¹⁾。

以下、3節の事例検討の前提として、日本の学説における意図の分類の整理及び意図の推認が必要となる行為類型の分類を行う。

(1) 意図の分類

日本の学説では、意図を「反競争的意図」と「正当化理由としての意図」に分類して議論がされてきた。

28) 丹宗明信『独占及び寡占市場構造規制の法理』（北海道大学図書刊行会、1976年）、稗貫俊文『知的財産権と独占禁止法』（有斐閣、1994年）、古川博一「単独事業者の排他行為における行為者の意図と独禁法違反の成否—行為者の意図はどのように考慮されるべきか—」公取631号（2003年）63～72頁。本文中に挙げた文献の他に、石井良三『獨占禁止法』（海口書店、1948年）や、服部育生『経済法概論』（泉文堂、1988年）等がある。

29) なお、この先行研究は雑誌論文として掲載されたものであるため、紙幅の制限上検討が完遂されていない。古川氏は、意図を「反競争的意図」と「正当化理由としての意図」とに分類したうえで、意図は独禁法違反の成否に最小限の影響を与えるに留まるべき旨を主張している。しかし、米国の議論状況は十分に参照されておらず、当該論文の脚注の中で、Aspen事件について言及するに留まっている。詳しくは、古川・前掲注（28）71頁以下参照。

30) 泉水文雄「医療用生地管の輸入排除による私的独占」公取671号（2006年）36頁参照。排除型私的独占における意図について解説を加えている文献として、金井ほか・前掲注（8）157頁や、塚田益徳「独占禁止法違反行為における行為の意図・目的についての試論—最近の不当な取引制限の事例を中心に—」東北大学経済学論集182号（2014年）65～66頁がある。

その他に、不当廉売規制における意図について解説した文献や、排除ガイドラインが示した意図に関する考え方を紹介した文献等がある。詳しくは、白石忠志『独禁法事例の勘所（第2版）』（有斐閣、2010年）45～46頁、根岸ほか・前掲注（9）80頁、金井ほか・前掲注（3）320～321頁〔川濱昇執筆〕参照。

31) 金井ほか・前掲注（3）157頁〔山部俊文執筆〕参照。

反競争的意図とは、刑法上の故意に匹敵するものである必要はなく、単に独禁法上不当な目的に向けて当該行為を行うといったような広範な意味合いでの意図を意味する³²⁾。反競争的意図の考慮については、これを違反行為の成立要件とする説や、要件とはしないが違法性判断における補助的な考慮要素とする説、反競争的意図の考慮を否定する説等がある³³⁾。そもそも、日本における反競争的意図の概念は、独禁法上「非難に値する行為」を峻別するために導入されたものである。既に述べたように、原則合法型の競争者排除行為はその不当性を見出すことが困難となる場合があるため、独禁法上「非難に値する」行為を峻別することを目的として、競争制限の意思（刑法上の犯意とほぼ同義と説明されている）等の概念を、私的独占の成立要件として用いることの是非が議論されてきたのである³⁴⁾。しかし、その後の経済学の発展により、経済分析による違法性判断が主流となり、定性的な概念を違法性判断に用いることには消極的な立場をとる理解が多くなる³⁵⁾。このような経緯を経て、反競争的意図の考慮を、違反行為の詳細な理解のための補助として用いるに過ぎないとする説が現在の通説的理解となった³⁶⁾。実際に反競争的意図の有無が違法性判断において考慮された例としては、反競争的意図が存在しないことを理由に違法性が阻却されるわけではないとして、客観的な成立要件の充足をもって違法性を認定する趣旨の判断が下された事例が幾つかある³⁷⁾。例えば、野田醤油事件では、プライスリーダーとしての立場にあった野田醤油による再販売価格維持行為に、競争の3社が追随して再販売価格維持行為を行っている。裁判所は、野田醤油が、自社がプライスリーダーであり、尚且つ他3社は自社に追随して再販売価格維持行為を行うという市場の「客観的条件」を認識し、「自己の行為がその条件によって一定の経過をたどることの認識があれば十分」として、支配行為の成否を判断する際

32) 古川・前掲注(28)64頁参照。

33) 白石忠志『独占禁止法(第2版)』(有斐閣、2009年)398～401頁参照。

34) 丹宗・前掲注(28)52～53頁参照。

35) 不当廉売規制等が代表的な例である。詳しくは、柳川隆・川濱昇『競争の戦略と政策』(有斐閣、2006年)210～231頁参照。

36) 詳しくは、白石・前掲注(33)398～401頁参照。

37) 東京高判昭和32年12月25日高民集10巻12号743頁[野田醤油事件最判]や、公取委勧告審決昭和57年5月28日審決集29巻13頁[マルエツ事件審決]、公取委勧告審決昭和57年5月28日審決集29巻18頁[ハローマート事件審決]がこれに該当する。

には「客観的条件」を利用しようという積極的な意思を立証することまでは必要ないとしている³⁸⁾。その他にも、マルエツ・ハローマート事件では、同一地域で小売業を営むマルエツとハローマートが、互いに対抗して牛乳の販売価格の引き下げを繰り返したことが、牛乳専売店の事業活動の圧迫に繋がり、不当廉売に該当するとされている³⁹⁾。しかし、認定されている事実には照らせば両店とも牛乳専売店を圧迫することまで意図していたと考える事は難しく、相互に対抗することで精一杯だったのではないと思われる。そのため、本件については、両店に反競争的意図はなく、周辺の牛乳専売店の排除という客観的な反競争的效果から本件行為の違反認定がされたものと論じられている⁴⁰⁾。

正当化理由としての意図とは、当該行為が正当な理由のもとに行われたということとを推認するための意図をいう。正当化理由としての意図は、形式上は独禁法違反行為に該当するとみられる行為について、違法性の阻却を主張するための抗弁において用いられる。正当化理由としての意図を考慮して独禁法違反と認定されなかった例としては、「正当な理由がないのにした行為」ではないことを根拠に、廉売行為の不当性を否定したものがある⁴¹⁾。他方で、正当化理由としての意図の存在をもって直ちに違法性が阻却される訳ではないとした例もある⁴²⁾。この事件では、安全性の確保という正当化理由があったとしても、それだけで当該行為の反競争的效果が正当化されるものではないと述べられ、当該行為の反競争的效果は、正当化理由となる目的の達成に必要な最低限のものでなければならないと判示されている。また、日本遊戯銃協同組合事件では、消費者の安全性確保を目的とした自主基準の設定から正当化理由としての意図を推認したうえで、当該行為がその目的に照らして合理性を有する必要があることが述べられている⁴³⁾。

ここまでで紹介した議論を踏まえ、反競争的意図の有無を巡る判断が独禁法の適

38) [野田醤油事件最判] 784～787頁引用。

39) [マルエツ事件審決]、[ハローマート事件審決] 参照。

40) 古川・前掲注(28) 67頁参照。

41) 最一小判平成1年12月14日民集43巻12号2078頁[都営芝浦と畜場事件最判] 2085頁参照。

42) 大阪高判平成5年7月30日審決集40巻651頁[東芝エレベータテクノス事件高判] 659～662頁参照。

43) 東京地判平成9年4月9日判時1629号70頁。

用において入り込む余地はないとして、反競争的意図が存在しなかったことを理由に違法性の阻却を求める主張は成り立たず、また、正当化理由としての意図は「後づけ」が可能であるため、違法性阻却を求めるために「正当化理由と評価されるような意図があったという事実を主張する必要もない」とする見解がある⁴⁴⁾。つまり、いずれの意図についても、独禁法違反の成否を決するような役割を担うものと考えべきではなく、あくまでも主観的要素は違法性判断においては関係がないということである⁴⁵⁾。他方で、ニプロ事件や北海道新聞事件のように、独禁法違反の成否を判断するうえで意図の考慮を欠かすことができなかったとみられる事例を根拠に、意図が独禁法違反成否の判断において考慮要素とされることを肯定的に捉えることも可能である。

また、前者の見解を客観説、後者の見解を主観説と位置付け、客観説の立場を取りつつも、主観説と客観説の関わりを論じて両説の整合を図っている先行研究もある⁴⁶⁾。この見解では、客観説を基本としつつ、独禁法違反要件とは別に、刑事法等の枠組みの中で故意や犯意といった主観的要素の考慮を行うことで主観説との整合性を図ることが試みられている。なお、「客観的要件の成否を判断するにあたっての間接事実として」意図や目的等の主観的要素が「勘案される」ことはありうるため、客観説の立場をとった場合であっても、意図から得られる示唆を違法性判断における考慮要素とすることは否定されない⁴⁷⁾。

ところで、正当化理由としての意図が無いという事実から、当該行為が反競争的意図のもとに行われたという事実の推認が可能な場合があるということには留意が

44) 古川・前掲注(28) 66～71頁参照。

45) ここでいう主観的要素は広く意図全般を意味する。後述する「主観的意図」や「客観的意図」はあくまでも意図の一分類であり、いずれも、一般的な意味合いでは主観的要素に位置付けられるといえる。主観的意図や客観的意図は、意図を推認するための認定証拠が客観的事実に基づいているのか、主観的事実に基づいているのかを基準とした意図の分類である。以下で述べる「主観説」と「客観説」は、一般的な意味合いでの「主観」・「客観」を前提としており、後述する「主観的意図」や「客観的意図」という語に含まれる「主観」・「客観」とは異なる意味を有する。

46) 白石・前掲注(33) 399～401頁参照。この文脈における「主観説」と「客観説」は、一般的な意味合いでの「主観」・「客観」を前提としており、後述する「主観的意図」や「客観的意図」という語に含まれる「主観」・「客観」とは異なる意味を有する。

47) 白石・前掲注(33) 400頁引用。

必要である。勿論、当該行為が正当な理由に向けて行われなかったという事実をもって、直ちに当該行為が反競争的であるといえるわけではない。行為の意図が競争促進に向けられていないという事実が、競争阻害の意図を意味するとはいえない場合もあるからである。例えば、取引拒絶行為が「消費者の安全を守るため」の業界基準等の正当化理由としての意図のもとに行われていなかったとしても、単に価格や数量等の取引条件を考慮した結果として取引拒絶を行ったに過ぎない場合には、当該取引拒絶が反競争的意図のもとに行われたとは言えない。

最後に、その他の意図の分類として、NTT 東日本事件高裁判決において、裁判所が言及した「主観的意図」がある。これと同旨の表現は講学上の議論でも用いられている⁴⁸⁾。しかし、日本の判例及び講学上の議論における文脈にいう主観的意図は、後述する米国の議論を念頭に置いたものではない。そのため、米国の議論において主観的意図に対応する概念として用いられている「客観的意図」という文言及び同様の概念が日本で用いられた形跡は無い。

(2) 意図の推認が必要となる競争者排除行為

i. 単独の取引拒絶

1 節で述べた通り、日本の単独の取引拒絶規制では、取引拒絶行為が独禁法上不当な目的の達成に向けて行われたことを受けて公正競争阻害性を認定する場合がある。行為の目的に着目して公正競争阻害性の有無を判断するということは、行為の意図から推認される目的を考慮していると考えられる。単独の取引拒絶行為に不当性を見出すために、当該行為に係る不当な目的を必要とする考えは 1982 年の独禁研報告で示された後、1991 年の流通・取引慣行ガイドラインで踏襲されており、学説も概ねこの理解に賛同しているものとみられる⁴⁹⁾。3 節で検討する東京スター事件では、裁判所によって、「市場における有力な事業者が競争者を市場から排除する等の独占禁止法上不当な目的を達成するための手段として取引拒絶を行い」、「相手方の事業活動が困難となるおそれが生じたというような場合には」、取引拒絶行為が「公正な競争を阻害するおそれがある」としてこの理解が再確認されてい

48) 「主観的な意図」という言葉が用いられた文献として、例えば、泉水・前掲注 (30) がある。

49) 独占禁止法研究会報告・前掲注 (18) 56 頁、公取委・前掲注 (19) 第 1 部 第三の 2、根岸ほか・前掲注 (9) 217～220 頁参照。

る⁵⁰⁾。

また、NTT 東日本事件では最高裁が、排除行為該当性の判断に際して「本件行為の取引拒絶及び販売としての側面が、市場支配力の観点からみて」人為性を有し、排除効果を有する場合には排除に該当するとして新たな排除行為の定義を示しており、「市場支配力の観点から」という文言に競争制限に向けた意図の考慮を内包する余地があると考えられることから、排除型私的独占の規制においても意図の推認を必要とする場合があることを踏まえ、裁判所が意図の考慮を認める余地を残す理解を示したといえる⁵¹⁾。

ii. 複数行為

複数行為とは、不公正な取引方法または私的独占に該当するとみられる行為を複数組み合わせる場合をいう。幾つかの事例では、複数の行為を一纏めに「一連の行為」としてその違法性が評価されてきた。この一連の行為の認定において、一連の行為に包摂される行為を選別する際に行為者の意図が考慮されている。排除ガイドラインでも、一連の行為の認定においては行為者の目的が考慮される場合があるとしてこの旨が説明されている⁵²⁾。

複数行為の事例として、北海道新聞事件とニプロ事件審決、そしてニプロ事件高裁判決がある。前者二つの事例は共に、違反事業者が行った複数の行為を一連・一体のものと捉えて排除型私的独占に該当するとしたものである。これらの事例においては、各行為を「一連の行為」と捉える際に各行為に共通する意図を見出し、その意図が「一連の行為」に包摂される行為を選定する際の軸として用いられていると考えられる。そのため、意図の推認が必要であったことは比較的容易に説明できる⁵³⁾。

しかし、ニプロ事件高裁判決では裁判所が「各行為それぞれが排除型私的独占に該当する」と述べたことから、外形上は複数行為を一連の行為と捉えずに個別に違法性判断を行っているように読み取れる。そのため、上記のような方法で意図の推

50) 東京地判平成23年7月28日審決集58巻第二分冊227頁〔東京スター事件〕を参照。

51) 〔NTT東日本事件最判〕128頁参照。

52) 公取委・前掲注(5)第2の1(1)参照。

53) 公取委審判審決平成18年6月15日審決集53巻195頁〔ニプロ事件審決〕を例に挙げて、同様の趣旨を述べている文献がある。詳しくは、白石・前掲注(33)401頁参照。

認の必要性を説明することができない。詳しくは後述するが、本件では、実際には各行為に共通する目的を認定することで意図の推認を行っていたとみられ、それによって各行為の累積による排除効果を認定することが出来たと考えられるため、この場合も意図の推認が必要とされた複数行為の事例に該当するといえる。

iii. その他

その他に、例えば、排他条件付取引や拘束条件付取引は原則合法型の行為類型であり、行為の不当性を検討する必要性が生じるため、違法性判断の過程で意図の推認が必要とされる場合があると考えられる。

また、不当廉売規制に関する議論において、意図の考慮の是非が論じられることがある。例えば、芝浦と畜場事件において、裁判所は、行為が不当廉売に該当するかどうかは「専ら公正な競争秩序維持の見地に立ち、具体的な場合における行為の意図、態様、競争関係の実態及び市場の状況等を総合考慮して判断すべきものである」と述べたうえで、当該行為が「不当に」あるいは「正当な理由がないのに」した行為であるとは言えないとして、当該行為に付随する意図を考慮要素の一つとしている⁵⁴⁾。他にも、濱口石油事件では、公取委が行為者の競業者を「排除する意図」を根拠として、当該行為が不当廉売に該当するとしている⁵⁵⁾。このように、不当廉売規制においても意図の考慮が議論の対象とされる場合がある。実際、固定費用の回収にかかる期間にも継続して廉売行為が行われていることが客観的に明らかな場合を想定して、「排除の意図」が客観的に明らかな場合には、当該意図から推認される「排除の目的」が廉売行為の不当性を根拠付ける重要な要因となとする見解がある⁵⁶⁾。

他にも、再販売価格維持行為については、「中小小売業者の生き残りを図る」という原告の目的が独禁法違反の成立を妨げる「正当な理由」といえるのかが検討された事例があり、意図が考慮される余地があるといえる⁵⁷⁾。

54) 最一小判平成1年12月14日民集43巻12号2078頁。

55) 公取委排除措置命令平成18年5月16日審決集53巻867頁。

56) 金井ほか・前掲注(3)320～321頁〔川濱昇執筆〕参照。

57) 東京高判平成23年4月22日審決集58巻第二分冊1頁〔ハマナカ事件高判〕。

3. 裁判・審判実務における意図の役割の展開

(1) 取引拒絶行為

i. 東京スター事件

東京スター事件は、東京スター銀行（以下、「原告」）と三菱 UFJ 銀行（以下、「被告」）の間で行われていた現金自動支払機、現金自動預入払出兼用機、自動振込機（以下、これら全てを合わせて「ATM 等」）による現金の払出、残高照会、振込、及びこれらに付随する提携業務（本件提携業務）を被告側が一方的に解消したことが不当な取引拒絶にあたるとして争われた事例である。事件の経緯は、原告が「ゼロバンキング事業」と銘打って始めた、顧客手数料を時間内は無料、時間外は従来の半額に減額する取組みによって被告が原告に支払う銀行間利用料の額が徐々に増加したことを受け、被告は原告に対して銀行間利用料の減額を求めて交渉を重ねたが決裂し、被告が本件提携業務に係る委託契約を解約したうえで一連の業務を停止したというものである。

裁判所は、本件提携業務に係る債務の履行拒絶の法2条9項6号イ（一般指定2項）該当性を判断するに際して、取引自由の原則に言及したうえで、有力事業者によって競業者の排除等の独禁法上不当な目的に向けて取引拒絶が行われ、相手方事業者の事業活動が継続困難となったような場合を除けば、取引拒絶行為が公正競争阻害性を有するということは難しいと説明している。そのうえで、「ゼロバンキング事業」について、①原告自ら顧客手数料の有料化を検討中である旨の意思表示を行っていたこと、②原告は設置提携先からの反発を受け、顧客手数料有料化に代わって銀行間利用料の引き下げによる解決を申し入れ、これについて両者の間で交渉が行われたこと、③その後、原告は銀行間利用料を減額することについて、消極的な意思を示し、再び顧客手数料の有料化を提案したこと、④被告は、当初から公取委の介入を懸念して、顧客手数料の有料化には消極的であったことの諸点から、原告は被告に比して顧客手数料の有料化に積極的であったことが伺え、「顧客手数料の有料化によって原告のゼロバンキング事業を困難にし、市場から排除する目的」を被告が有していたとは認められないとしている⁵⁸⁾。また、裁判所は、「①原告がゼロバンキング事業を開始した後、被告の銀行間利用料の支払額は、増加の一途をた

58) 「東京スター事件地判」240頁参照。

どり、②このため、被告は、平成18年6月20日、原告に対し、銀行間利用料の引下げを求め、2年以上にわたって交渉を続けたものの合意に達しなかったことから、本件解約に至ったものであって、③被告の原告に対する銀行間利用料の支払額は、この間に4倍以上に増大し、年間約6億円もの水準に達していたというのであるから、被告が本件解約に至ったことには正当な理由がある」と判断している⁵⁹⁾。以上から、判決では、被告が本件解約を経て本件応答拒否を行ったことについて公正競争阻害性は認められず、不当な取引拒絶には該当しないと判断されている⁶⁰⁾。

本件で原告と被告が行っていたATM等に関する提携業務の形態は仕向徴求方式で、この方式に基づく本件基本契約及び本件委託契約の趣旨は、「便宜供与として他行の設置したATMを利用させてもらうこと」にあり、相互接続によって顧客の利便性の向上を図ろうというものである⁶¹⁾。本件提携業務について、裁判所は、「加盟行が他行から支払われる銀行間利用料で収益を上げるようなことはおよそ想定されて」いないと言及している⁶²⁾。このことから、一般的に、銀行間利用料は委託契約の当事者となっている二行の間で概ね均衡するもので、銀行間利用料の機能はあくまでも他行顧客に自らのATMを利用可能なよう便宜を図らせるためのインセンティブ寄与にすぎないと考えられる⁶³⁾。

銀行間利用料過払いを解消するための交渉では、原告が、被告との業務提携の解消を避けるべく顧客手数料の有料化を提案し、被告は、公取委の介入を懇願しつつも一旦はそれを受け入れている⁶⁴⁾。しかし、設置提携先からの反発を受けて、原告から、顧客手数料の有料化に代わる提案として銀行間利用料の引き下げが申し入れられ、引下げ後の金額について両者の間で交渉が行われるに至った⁶⁵⁾。この交渉における被告の提示金額と原告の提示金額には大きな差があり、また、原告は、銀行間利用料を引き下げてまでゼロバンキング事業を続ける意思はないとして、再び顧

59) [東京スター事件地判] 240～241頁引用。

60) [東京スター事件地判] 241頁参照。

61) [東京スター事件地判] 237～238頁参照。

62) [東京スター事件地判] 239頁引用。

63) 同様の見解を示す文献として、川濱昇「東京スター銀行による三菱東京UFJ銀行に対する独禁法24条に基づく差止請求訴訟について」公取735号（2012年）67～68頁参照。

64) [東京スター事件地判] 236頁参照。

65) [東京スター事件地判] 236頁参照。

客手数料の有料化を提案するに至る。以上の経緯を経て、被告による本件委託契約の解約で一連の交渉が決裂に終わった⁶⁶⁾。この一連の経緯の中で、被告が提示した引下げ後の銀行間利用料の金額については、被告と他行との間で合意されていた銀行間利用料の金額等の事実を参考に、裁判所がその合理性を認めている⁶⁷⁾。また、本件では、原告が被告から徴収した銀行間利用料から生じた利益によって、無料で全国のコンビニ、スーパー等にATMを設置していた。その他にも、他行顧客に対する顧客手数料を無料にしていたことや、被告が積極的に原告との交渉に取り組んでいたこと、顧客手数料の有料化については原告のほうが比較的積極的であったことが認定されている。

これらの事実から、原告は、仕向銀行への便宜供与を図るために設けられていたはずの銀行間利用料という制度を、本来の目的とは異なり自社の利益創出のために用いていたといえる。

加えて、交渉において被告が提示した金額が銀行間利用料の金額として合理的なものであると認定されており、また、被告は本件委託契約によってほとんど便益を受けることができず、被告にとって本件解約または銀行間利用料の引き下げという手段を除いて、他に原告に対する被告の多額の支出を抑制する方法が無いと認定されている。そのため、被告が、顧客手数料の有料化によって原告のゼロバンキング事業を困難にし、市場から原告を排除するという目的を有していたとは考えられない⁶⁸⁾。したがって、本件行為が「ゼロバンキング事業の排除」という独禁法上不当な目的に向けて行われたものではないことは明らかである。

以上を踏まえると、本件は、客観的事実の積み上げから推認される行為の目的を、本件行為の実態を把握する際に用いたものと考えられ、単独の取引拒絶規制における違法性判断の枠組みのなかで、反競争的意図が補助的な考慮要素としての役割を担う場合があることを示す一例であるといえる。

ii. NTT 東日本事件

NTT 東日本事件の経緯は、東日本電信電話株式会社（以下、「NTT 東日本」）が戸建住宅向け FTTH サービスの提供市場において平成 14 年 6 月 1 日以降 1 年

66) 〔東京スター事件地判〕236 頁参照。

67) 〔東京スター事件地判〕241 頁参照。

68) 〔東京スター事件地判〕240～241 頁参照。

10ヶ月間に渡って行ってきた、ニューファミリータイプの導入及び当該サービスの提供には分岐方式を用いるとしながら実際には芯線直結方式を用いて接続料金を下回るユーザー料金で当該サービスを提供した行為（本件行為）が、NTT 東日本が保有する光ファイバ設備への接続を必要とする競業の FTTH サービス提供事業者の新規参入を阻害するとして、本件行為の私的独占該当性が争われたというものである。

最高裁は、本件行為の排除行為該当性は「本件行為の単独かつ一方的な取引拒絶ないし廉売としての側面が、自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、業者の FTTH サービス市場への参入を著しく困難にする等の効果を持つものといえるか否かによって決すべきものである」としたうえで、①事件当時の東日本地区において、電気通信事業者が FTTH サービスを提供する際の接続先が事実上 NTT 東日本一社に限られていたこと、② FTTH サービスはその特性上容易に競業者へと契約先を変更できるものではなかったため、当該市場における先行者である NTT 東日本に有利な状況であったこと、③ニューファミリータイプのユーザー料金が芯線直結方式を用いる他の競業者が支払う接続料金を下回っていたために（NTT 東日本がニューファミリータイプを芯線直結方式で提供していたため）、NTT 東日本の光ファイバ設備に接続する競業者が芯線直結方式を用いて FTTH サービスを提供するうえで、ニューファミリータイプに対抗しうるユーザー料金を設定した場合、いかに効率的に事業を展開したとしても利益をあげることは不可能であったこと、さらに、④ニューファミリータイプについて分岐方式を前提としたものとして届け出ていながら、実際には当該サービスに芯線直結方式を用いて行政上の規制を免れたといえること、⑤本件行為が行われた1年10ヶ月という期間は NTT 東日本が当該市場における市場支配力の形成、維持、ないし強化という観点から十分な長さといえることの5点を挙げ、本件行為が「排除」を構成すると判断した⁶⁹⁾。また、裁判所は、① FTTH サービスが独立して一定の取引分野を形成するとしただけで、当該市場において既存の競業者による十分な牽制力が働いていたとはいえず、競争

69) [NTT 東日本事件最判] 130 頁参照。

の実質的制限が生じているとし⁷⁰⁾、さらに、②本件行為の終了後に当該市場における新規参入が本格化したこと等を理由に本件行為と本件における競争制限状態に因果関係があること⁷¹⁾、③総務大臣がNTT 東日本に対して電気通信事業法に基づく本件行為についての変更命令等の措置を取らなかったことが、本件行為の独禁法上の正当性を裏付けるものではないことの諸点を理由として上告を棄却した⁷²⁾。

a) 判決の特徴

判決は、本件行為の「単独かつ一方的な取引拒絶ないし廉売としての側面」が「排除」に該当しうるとしながらも、本件行為の「排除」該当性を判断する際に取引拒絶としての側面についての検討を重視し、不当廉売としての側面については大掴みな検討に留まったものと思われる。実際、本件行為の違法性判断において具体的な費用計算等の検討は行われていない⁷³⁾。このことから、判決は、ガイドラインの立場を一定程度支持し、本件行為を不当な供給拒絶及び差別的取扱いとして捉えていると推測できる⁷⁴⁾。

b) 判決における意図の役割

最高裁判決が排除行為該当性判断において示した排除行為の定義は、人為性要件と排除効果要件に整理される⁷⁵⁾。

人為性要件は、「排除」を「人為的な反競争行為」と位置づける現在の通説的見解と概ね整合するものと評価されており、排除行為の定義を限定する表現として、少なからず肯定的に捉えられていると思われる⁷⁶⁾。また、判決が下された2年後の

70) [NTT東日本事件最判] 130頁参照。

71) [NTT東日本事件最判] 131頁参照。

72) [NTT東日本事件最判] 131頁参照。

73) 泉水文雄「東日本電信電話の光ファイバ設備に関する私的独占事件最高裁判決—最判平成22年12月17日—」公取726号(2011年)76頁、武田邦宣「私的独占における排除行為—東日本電信電話事件」ジュリ臨時増刊1440号(2012年)252～253頁参照。

74) 泉水・前掲注(73)76頁参照。本件行為を、基本的には単独の取引拒絶と捉えていると考えられるとしている。

75) [NTT東日本事件最判] 128頁参照。人為性要件と排除効果要件のいずれにも、「市場支配力の形成、維持、強化という観点から見て」という文言が係っていると考えることが妥当である。排除効果要件にも当該文言が係ることによって、正当な競争の結果としての競業者の排除を排除行為の定義から除外する役割を果たしている。

76) 村上政博「東日本電信電話会社事件最高裁判決と今後の課題」判タ1348号(2011年)81頁、大槻文俊「FTTHサービスにおけるマージンスクイズ—NTT東日本による私的

ニプロ事件高裁判決は、人為性要件に係る判断を重視して各行為を「排除」と認定していることから、人為性要件が「排除」の峻別基準としての役割を果たしているといえる⁷⁷⁾。

人為性要件と排除効果要件の両方に係る、「市場支配力の形成、維持、強化という観点から見て」という文言は競争の実質的制限を意味すると理解するのが一般的であり⁷⁸⁾、この理解によれば、判決の人為性要件の前半部分は「競争の実質的制限の観点からみて」と言い換えられる。つまり、競争の実質的制限を生じさせているかどうかという「観点からみて」人為性を有していることが問題とされているといえる。「観点からみて」という表現は多義的である。そのため、前述のように、「競争の実質的制限の観点からみて」と捉えた場合には、「競争制限に向けられた」という趣旨に解することもできる。したがって、前半部分は、後半部分にあるような「正常な競争手段を逸脱するような人為性を有する」行為が、競争の実質的制限に向けて行われたかどうかを問題としているということであり、「競争制限という結果に向けて行われた行為」であるかどうかを考慮する余地が残されていると考えられる。すなわち、「観点からみて」という文言を用いて「市場支配力の形成、維持ないし強化」と「人為性」を繋ぐ、最高裁による「排除」の定義は、競争制限に向けて行われたという事実を、「排除」該当性の判断において考慮要素の一つとして含む余地を残していると理解できる⁷⁹⁾。従来、ニプロ事件審決や北海道新聞社事件審決の中で示されてきた「排除」該当性判断の過程においても、意図の考慮を読み込む余地はあった。しかし、従来から示されてきた余地は、判決で示されたような、

独占事件最二判平成22・12・17」NBL957号（2011年）97頁参照。

77) [ニプロ事件高判] 286～288頁参照。

78) 判決文の中でもそのような理解が示されている。詳しくは、[NTT東日本事件最判] 130頁参照。

79) 本件高裁判決では、NTT東日本によって「私的独占に該当する行為と認めるための要件として行為者の競争制限的意思が必要であり、原告には他事業者を排除する意思はなかった」という主張がなされている。この主張に対して、裁判所は、排除行為の判断において「主観的意図」は必要ではなく、客観的に排除行為が認められれば足りとした上で、「なお、原告は、ニューファミリータイプのFTTHサービスの提供によって、他の事業者が原告の加入者光ファイバに接続してFTTHサービス事業に参入することが事実上著しく困難となることについて、これを認識していたものと推認することができる。」と述べている。詳しくは、[NTT東日本事件高判] 278頁参照。

具体的な文言の解釈によって導かれる程に明瞭なものではなかった。したがって、従来に比して、より明瞭な意図の考慮の余地を示したという点において、判決には意義がある。

(2) 複数行為

i. 北海道新聞社事件

北海道新聞事件の概要は以下の通りである。北海道新聞社（以下、「道新社」）は北海道地区で活動する一般日刊新聞「北海道新聞」の発行事業者で、北海道地区における北海道新聞の発行部数は、一般日刊新聞の総発行部数の過半数を占め、また、函館地区においては総発行部数の大部分を占めていた⁸⁰⁾。道新社は、函館地区において夕刊紙の発行を目的とする新聞会社設立の動きがあるという情報を受け、取締役らで構成された合議体によって函館対策会議の設置を決定し、対策内容は決定したものから順次実施するという基本方針を策定した⁸¹⁾。その後、函館新聞社が、函館地区で「函館新聞」を発刊するという事実を知った道新社は、「函館対策会議」にて、函館新聞社の新聞発刊事業の継続を困難にするための抜本的な対策として、①函館地区にて新聞を発刊する際に使用される可能性の高い「函館新聞」等の新聞題字9つについて特許庁に商標登録を求める出願手続きを行う、②時事通信社に対して、暗に国内外の一般ニュースを函館新聞社に配信しないよう求める、③函館新聞社の夕刊紙に広告掲載を行う可能性が高い中小事業者を対象に、北海道新聞への広告料金の値下げを行う、そして、④テレビ北海道に対して、函館新聞社のテレビCMを放送しないよう要請するという4つの行為を行った。

公取委は、道新社が、「函館対策」と銘打って行った一連の行為（行為①～④）によって函館新聞社の事業活動を排除することにより、公共の利益に反して、函館地区における一般日刊新聞の発行分野における競争を実質的に制限しているため、一連の行為が法2条5項の排除行為に該当するとして同法3条前段違反審決を下した⁸²⁾。

行為①は、実際に事業活動で使用する予定の無い商標を取得し、これを行行使して、

80) 公取委同意審決平成12年2月28日審決集46巻144頁〔北海道新聞事件審決〕148頁参照。

81) 〔北海道新聞事件審決〕150頁参照。

82) 〔北海道新聞事件審決〕153頁参照。

侵害訴訟等の手段によって競争者の事業活動を侵害するものである⁸³⁾。不公正な取引方法の旧一般指定15項（現一般指定14項）の文言には「いかなる方法をもってするかを問わず」とあり、行為の方法が問われないため、行為①は旧一般指定15項に該当するとする見解もある⁸⁴⁾。しかし、不公正な取引方法には、このような行為類型を規制する明確な規定がないことから、広く排除行為について一般条項としての特性を持つ私的独占に該当するのが妥当であるという見解もある⁸⁵⁾。また、行為①は一連の行為の中核を成すと評価されているため、行為①を排除型私的独占とすることが望ましかったという見解もある⁸⁶⁾。しかし、他の行為との組み合わせで函館新聞社の「排除」が行われた本件の実態に鑑みれば、行為①のみで直ちに「排除」を構成すると認定することは難しいだろう。行為②は、時事通信社が先行契約者を優先するという方針を明確に示しているため、正当な事業活動の一環であり、独禁法違反行為とはならないと考えるのが妥当であるように想われる⁸⁷⁾。しかし、先行契約者を優先しなければ、北新社が時事通信社との契約を解除することも想定できるのであり、このような事情を考慮すると、一般指定2項または一般指定12項に該当する可能性もある⁸⁸⁾。行為③において、道新社が函館地域に限定して北海道新聞への広告料金を引き下げるとともに代理店の手数料を引き上げたことは、不当な差別対価に該当すると考えられる。また、当該広告料金の引き下げが原価を著しく下回るものであれば不当販売に該当する可能性がある他、手数料の引き上げが不当な高価格に達するものであれば不当な高価格買取に該当する可能性も考えられる⁸⁹⁾。行為④において、道新社がコマーシャルの放映を阻止したことは、競争者を市場から排除するための手段であったといえるため、一般指定2項に該当すると考えられる⁹⁰⁾。

83) 商標の先願主義の濫用として、商標法4条1項7号に該当する。

84) 若林亜理砂「商標制度の不当利用等を手段とする私的独占—北海道新聞社事件—」ジューリ1180号（2000年）79頁参照。

85) 村上政博『独占禁止法（第6版）』（弘文堂、2014年）208頁参照。

86) 村上・前掲注（85）208頁参照。

87) 村上・前掲注（85）208頁参照。

88) 若林・前掲注（84）79～80頁参照。

89) 若林・前掲注（84）80頁参照。

90) 若林・前掲注（84）80頁参照。

本件一連の行為に共通することは、いずれの行為も函館新聞社の排除に向けて行われたと考える他、余地がないということである。公取委は、「函新社の参入を妨害しその事業活動を困難にする目的で講じた」という文言で「一連の行為」という言葉を修飾している。このことから、本審決は、排除行為該当性判断において、本件一連の行為に共通する目的を考慮していることがわかる。本審決の内容を文言通りに解釈すると、「函新社の参入を妨害しその事業活動を困難にする目的」に向けて行われた行為が一連の行為に包摂されたものとみられる。そのため、本審決においては、道新社の意図が、一連の行為に包摂される行為の選別基準として用いられたと考えるのが妥当であろう。また、本件において、意図は、行為②のように、一見すると正当な事業活動のように思われるような、独禁法が定めていない行為類型を一連の行為に包摂する役割を果たしていたとみることもできる。

ii. ニプロ事件

ニプロ事件でもこのような意図の役割が顕著にみてとれる。ニプロ事件の概要は、生地管の独占的供給で高い利益を得ていたニプロが、海外製生地管の日本市場流入によってその利益を失うことを恐れ、海外製生地管の輸入を開始した内外硝子工業及びその子会社であるナイガイ（以下、両者を合わせて「ナイガイ」）に対して、① 1995 年以降、他のアンプル業者と比較して最も高い価格での取引を申し入れ、その価格での取引を継続し、② 1996 年頃から、ナイガイの競争者である塩谷硝子に対して総販売原価を下回る仕入価格に非常に近い価格で生地管を販売、③ 1997 年以降、輸入生地管と同品種の 2 品種の生地管についてナイガイからの受注を拒絶し、④ 1999 年以降、ナイガイに担保の差入れまたは現金取引を求めることで①の行為を強化するという 4 つの行為を行ったというものである⁹¹⁾。

審決は、行為①・③・④を「ナイガイグループの輸入生地管の取扱いの継続又は拡大を牽制し、これに対して制裁を加える目的の下に行われたものであり、その目的を実現するための一連の、かつ一体的な行為であると認められる」と評価し、行為②については、日本電気硝子が行った価格設定であり、ニプロが主体となって行っ

91) なお、ナイガイは、不当な価格引き上げ分について、大阪地裁で債務不存在確認訴訟を提起し、勝訴している。そのため、行為①において、ニプロがナイガイに対して請求した債務は既に消滅しており、ニプロが想定していたほどの損害が実際にナイガイに対してもたらされたとはいえない。大阪地判平成11年3月29日（公判物未登載）。

たものではないと認定し、一連の行為（行為①・③・④）に共通する目的に直接基づいて行われたものではないことを理由に、一連の行為に含まれないとした⁹²⁾。そのうえで、ニプロがナイガイの行う生地管輸入事業を排除する意図をもって一連の行為を行い、ナイガイの事業活動を排除し、また、他のアンプル加工業者に対して輸入生地管の取扱いを萎縮させ、ひいては被審人の競争者の事業活動を排除する蓋然性が極めて高いといえるため、一連の行為が「排除」に該当すると判断した⁹³⁾。

高裁判決は、法 25 条及び 26 条の無過失損害賠償請求訴訟においては法 80 条 1 項に基づく実質的証拠法則の適用がないという事実を踏まえ、独禁法違反行為の存在について、審決からの事実上の推定は認めつつも、改めて裁判所が本件各行為の排除行為該当性を判断する必要があると述べた⁹⁴⁾。そのうえで、本件各行為（行為①・③・④）の排除行為該当性は、行為①・④の一方的な取引条件の変更及び行為③・④の単独かつ一方的な取引拒絶としての各側面が、それぞれ正常な競争手段の範囲を逸脱する人為性を有し、原告らの事業活動を著しく困難にする効果を有したといえるかによって決するべきものであるとした⁹⁵⁾。さらに、判決では、本件各行為を、それぞれが、被告の市場支配力の維持という観点からみて、正常な競争手段の範囲を逸脱する人為性を有するものと評価するのが相当であり、原告らの事業活動を著しく困難にする効果を有したものであるべきであり、上記市場における排除行為に該当すると認定されている⁹⁶⁾。以上の事実から裁判所は、本件各行為が法 2 条 5 項に該当し、本件市場における平成 11 年頃までの競争制限状態は本件独禁法違反行為によってもたらされたものであると判断している⁹⁷⁾。

a) 判決の特徴

判決は、①排除型私的独占にあたると認められる行為と原告の主張する損害との間に因果関係が認められれば被告は法 25 条の責任を負うとし、法 2 条 5 項の「排除」

92) [ニプロ事件審決] 228 頁参照。

93) [ニプロ事件審決] 235～237 頁参照。しかし、違反行為が審判当時には無くなっていたほか、ナイガイが提起した債務不存在確認の訴えが容認されていることから、公取委は違反宣言審決を下すに留まっている。

94) [ニプロ事件高判] 265～266 頁参照。

95) [ニプロ事件高判] 286 頁参照。

96) [ニプロ事件高判] 286～288 頁参照。

97) [ニプロ事件高判] 288 頁参照。

を主な検討対象としている点、②審決が注目した行為①・③・④に焦点を絞って、その排除行為該当性と損害の有無及び賠償額の認定を行うとした点、③ナイガイによる債務不存在確認の訴えが大阪高裁によって認められた平成14年頃には独禁法違反行為が取り止められたとして違反行為について特に措置を命じなかった審決を支持し、大阪高裁判決確定時より以降はニプロの違反行為に付随していたナイガイを排除する旨の意図が失われたものと判断し、且つ、それによって目的の行為が行われることはなくなったと認定した点の3点から、審決の認定をもとに判断を下しているといえる⁹⁸⁾。

判決において裁判所は、改めてニプロの行った行為が独禁法に違反するのかを判断する必要があると述べた。そのため、①判決と審決では本件行為を独禁法違反とする理由の構成が異なっており、②また、判決は、アンブル加工業者としてのナイガイの事業活動の排除について特に焦点を当てて、排除行為該当性を議論しているのに対して、審決では、前者に加えて外国製生地管の輸入事業の排除についても議論の対象としている⁹⁹⁾。③他にも、ニプロと競業しうる外国製生地管の製造事業者の本件市場への参入の排除について、審決では議論の対象とされていたのに対して、判決では具体的な議論の対象とはされていない等、判決と審決には幾つかの相違点が見られる¹⁰⁰⁾。以上3点の中でも、本稿の目的に照らして重要となる審決と判決の相違は、判決・審決文における各行為の独禁法違反認定理由の構成が異なっていることである。

判決の主な特徴は、①NTT 東日本最高裁判決を踏まえて人為性の有無と排除効果の有無をもって排除行為該当性を判断する点、②排除型私的独占の違法性判断における競争の実質的制限（市場効果要件）の立証は、その蓋然性を示せば足りるということを改めて示した点、③本件各行為が一方的な取引条件の変更、または単独かつ一方的な取引拒絶としての側面を有するとした点、④一般的には本件各行為が正常な競争手段であるとしながら、人為性が認められるために排除にあたると判断した点の4点である。

b) 各行為の違法性判断における目的の認定

98) [ニプロ事件高判] 266、285～286頁参照。

99) [ニプロ事件審決] 280頁、[ニプロ事件高判] 286～288頁参照。

100) [ニプロ事件審決] 281頁参照。

審決は、ニプロが抱いていたナイガイに対する牽制・制裁という意図に照らして、ニプロの目的を推認し、それに基づいて行われた①・③・④の行為を一連の行為に包摂したと考えられる¹⁰¹⁾。当然、これらの行為は自社の利潤の最大化を目指した正当な競争行動ではない。審決では、ナイガイのアンブル加工事業及び生地管輸入事業を困難にするという目的のもとで一連の行為が行われたと認定されている。しかし、審決のように、行為者の排除の目的を単独行為規制における違法性の根拠に含めるのは、単独行為規制において反競争の行為と競争促進の行為との区別が困難であるという事実には照らせば通常は望ましくない¹⁰²⁾。この問題について、学説では、本件各行為が2条5項に該当することを立証するために必要な客観的証拠が不足していたこと等を理由に、ニプロの意図を立証の補助に用いたという趣旨の説明がなされている¹⁰³⁾。審決及び判決のいずれにおいても、結果として、ニプロの目的は達成されず、期待されたほどの損害がナイガイにもたらされなかったと認定されていることから、違法性判断の際に必要な客観的証拠が不足していたと推測できる¹⁰⁴⁾。当該行為が独禁法違反であると証明するための客観的証拠が不足していたのであれば、各行為を個別に不公正な取引方法として規制するための立証が困難になる可能性があったと思われる。

以上から、審決においては、複数の行為を一纏めに、一連の行為として私的独占違反とすることで客観的証拠の不足に対処する以外には、複数の反競争行為を規制する方法がなかったと考えられる。したがって、通常は望ましくないとされている行為者の意図の考慮によって、各行為を一連の行為として規制することが必要であったといえる¹⁰⁵⁾。一方で、高裁判決では、はじめに各行為それぞれの人為性の有無を判断し、各行為の目的をそれぞれ認定した後に排除効果の有無を判断し、各行為が法2条5項に該当するとしている¹⁰⁶⁾。しかし、裁判所は、一連の行為に共通し

101) 山本裕子「アンブル生地管の輸入妨害が私的独占にあたることとされた事件—ニプロ事件—」ジュリ1325号（2006年）241頁参照。

102) See Marina Lao, *Aspen Skiing and Trinko: Antitrust Intent and "SACRIFICE"*, ANTITRUST L.J. 171, 177 (2005).

103) 泉水・前掲注（30）39～40頁参照。

104) [ニプロ事件高判] 285～286頁参照。

105) 泉水・前掲注（30）39～40頁参照。

106) [ニプロ事件高判] 286～288頁参照。

た目的から本件各行為の反競争性を理解しており、結局、各行為を独立したものとは捉えていないと考えられる。

まず、「各行為それぞれ」が排除行為に該当するという言い回しについては、判決原文の文言が各行為「それぞれ」と述べている以上、高裁判決が個別具体的に各行為の排除行為該当性及び反競争性を判断していることは明らかであるが、これは、25条訴訟の特性故であって、実質的には審決の論理構成を否定していないと解釈できる¹⁰⁷⁾。25条に基づく損害賠償請求訴訟においては、「排除」に該当すると認定された行為と原告が主張する損害との間における因果関係の有無を判断することが求められている¹⁰⁸⁾。そのため、一連の行為のうち、どの行為がどの損害との間に因果関係を有するのかを明確にしたうえで違法性判断を行わなければならない、このような文言となったにすぎないと考えられるということである¹⁰⁹⁾。

本判決は、個別の行為に基づく損害賠償を負うとすることは、審決で一連の行為が一体的に独禁法違反となると判断された事実があることから被告の審級の利益を害するおそれがあり、各行為が個別に独禁法違反を構成しなければ損害賠償責任を負わせるべきではないと考えたために、「各行為それぞれが」という言い回しになったのではないかという意見もある¹¹⁰⁾。しかし、これについて、「3つの排除行為がそれぞれ3つの排除型私的独占を構成していると考えたのであれば、各行為が単独で競争の実質的制限をもたらすことの認定が必要となる」が、判決では競争者の「排除」は認定されておらず、既存の取引相手方の「排除」が認定されているにすぎないため、市場シェアの高い事業者が競業者を「排除」したことが認められれば競争の実質的制限をもたらすことが推認されるとする一般的な見解に則って、各行為それぞれについて競争の実質的制限を立証することは困難といえるという反論もある¹¹¹⁾。そのため、判決は各行為の一連一体の行為としての累積的な排除効果を取り

107) 滝澤紗矢子「ニプロ株式会社に対する独占禁止法第25条に基づく損害賠償請求事件—東京高判平成24年12月21日平成19年（ワ）第10号—」公取761号（2014年）49～54頁参照。

108) [ニプロ事件高判] 266頁参照。

109) 滝澤・前掲注（107）52頁参照。

110) 伊永大輔「排除型私的独占の認定手法と価格損害—ニプロ事件独禁法25条訴訟—」ジュリ1457号（2013年）109頁参照。

111) 伊永・前掲注（110）109頁引用及び参照。この説の前提には、本件における競争者

上げて各行為の排除行為該当性を判断していると思われる¹¹²⁾。また、仮に被告の主張を受けて一連の行為を分解し、個別に評価を行ったとすれば、そもそも、各行為が生じさせる不利益が原告の「排除」をもたらすに至った本事案の構図に照らして、被告側の主張を認めることは困難であり、一連の行為を分解する必要もなかったと考えられる¹¹³⁾。他にも、損害の原因となった行為が特定されている場合には、一連かつ一体の排除行為の一部について損害賠償責任を負わせるという形式で、「一連、一体の行為」として処理するべきという指摘もある¹¹⁴⁾。

本判決の排除行為該当性の判断においては行為③について、「その目的は、被告が支配している西日本地区の生地管取引市場の従前の状況を維持するため、ナイガイグループによる外国製生地管の取扱いの継続又は拡大を牽制し、制裁を加えるための対抗措置とすることにあつたのである」とされ¹¹⁵⁾、また、「本件独禁法違反行為は、被告が、西日本地区における自己の市場支配力を維持する目的で行ったものであり、被告は、原告らによる外国製生地管の取扱いの継続又は拡大を牽制しなければ、外国製生地管の輸入が拡大し、NEG 製生地管の価格が下落する可能性があることから、このような行為を行ったと認められ」ともしている¹¹⁶⁾。また、損害賠償額の認定に際しては「本件暫定合意の内容からみて、被告は、被告の行為が独禁法違反にならないとの判断が確定したときは、平成7年値上げ後単価を維持し、ナイガイグループによる外国製生地管の取扱いの継続又は拡大を牽制する意図を有していたと認められる」としている¹¹⁷⁾。

行為①について「被告が、前記(2)で認定した自らが支配している西日本地区の生地管取引市場の従前の状況を維持するため、ナイガイグループによる外国製生地管の取扱いの継続又は拡大を牽制し、制裁を加えるための対抗措置として行われ

の排除とはすなわち外国製生地管の製造事業者の排除であり、本件高裁判決はこれを認めず、ニプロの取引相手方であるナイガイの事業活動の排除のみを認めたために競争者の排除が認定されていないという考え方がある。

112) 伊永・前掲注(110)106～109頁、川濱昇「顧客の排除が問題となった排除型私的独占事件における25条訴訟」速報判例解説14号(2014年)250頁参照。

113) 川濱・前掲注(112)250頁参照。

114) 滝澤・前掲注(107)52頁参照。

115) [ニプロ事件高判]286～287頁引用。

116) [ニプロ事件高判]289頁引用。

117) [ニプロ事件高判]285頁引用。

たと認めるのが相当である」、行為③について「ナイガイグループによる外国製生地管の取扱いの継続又は拡大を牽制し、これに対し、制裁を加え、自らが支配している西日本地区の生地管取引市場の従前の状況を維持する目的で行われたと認めるのが相当である」、行為④について「自らが支配している西日本地区の生地管取引市場の従前の状況を維持するため、ナイガイグループによる外国製生地管の取扱いの継続又は拡大を牽制し、これに対して制裁を加えるために行われたと認めるのが相当である」というように各行為の目的が認定されており、各行為の目的が実質的に共通のものであると裁判所が認めていることは文理上明白であるといえる¹¹⁸⁾。

以上のように各行為に共通した目的を認定していることから判決は、少なくとも審決の論理構成に否定的な立場をとっている訳ではなく、あくまでも25条訴訟に適した論理構成とするために各行為の違法性判断を個別に行なっていることが推測できる。

c) 本件高裁判決における意図の役割

では、そもそも一般的に単独行為規制において行為者の意図を考慮することは望ましくないとされているにも関わらず、「合わせ技一本」の適用の必要性が認められない高裁判決においてニプロの目的が認定されたのはなぜだろうか。

既に述べたように判決ではNTT東日本事件最高裁判決を先例とし、概ねその論理構成を参照して判決を下しているが、同判決とは異なり先に独立して「人為性」要件の検討を行っている。問題となる行為が「市場支配力の形成、維持ないし強化の観点からみて、正常な競争手段を逸脱するような人為性」を有するかどうかを判断するプロセスは、客観的な側面から当該行為の不当性、濫用的性質を明らかにするものであり、排除効果が生じることを前提としなければ経済的合理性を見いだせない行為であるか否かを判断するものである¹¹⁹⁾。この理解を前提とすれば、人為性要件に係る違法性判断の過程において考慮されるのはあくまでも客観的事実に過ぎないといえる。しかし、既にNTT東日本事件に関する検討の中で述べた通り、人為性要件には「市場支配力の観点から」という文言が含まれていることから、人為性要件の文言自体に意図を考慮する余地が含まれていると考えることもできる。加

118) [ニプロ事件高判] 277、280、284頁引用。

119) 滝澤・前掲注(107) 106～109頁参照。

えて、本件では、各行為の目的が明文で認定されている。そのため、本件においては、各行為に係る目的の認定においても意図の考慮が行なわれたといえる¹²⁰⁾。また、本件は、各行為を一連の行為として捉えたうえで違法性判断を下したと読み取れるため、一連の行為に共通する意図を考慮して違法性判断を行ったことも推測できる。

既に紹介したように、判決における各行為の排除行為該当性の判断については、①一連の行為を個別の行為に分解したうえで、各行為それぞれの排除行為該当性についての評価を下したとする説と、②審決の判断を基に、25条の性質を考慮して「各行為それぞれが」という言い回しを選んだに過ぎず、結局は本件各行為を一連の行為としてとらえているとする説があるが、いずれの説によっても判決においては意図の認定を欠くことができなかったと考えられる。

まず、①の説の立場をとった場合には、各行為が個別に「排除」を構成することを立証する必要がある。排除行為該当性の判断において、行為事業者が一定以上の市場支配力を有していることが認定されたうえで競争者の「排除」が認定された場合には、実質的に市場効果要件を充足するものとされる場合があるという理解がある。この理解によれば、一定以上の市場支配力を有し、競争者の「排除」を行った場合には、排除行為該当性の有無を判断する過程で市場効果要件の充足が認められる。そのため、行為が市場効果要件を充足することを立証する必要性がなくなる。しかし、本件においては、各行為の人為性は個別に認定されているものの、競争者の排除は認定されていない。そのため、通説的見解に則り、行為要件の充足をもって、連動的に競争の実質的制限の立証を行うことは難しいと思われる。そうすると、各行為が「排除」を構成することを立証するために、各行為が個別に競争を実質的に制限していたことを立証しなければならないことになる。しかし、判決においてはそのような立証はされていない。そのため、判決は各行為を複合的に組織化し、戦略として用いていたという観点から見出される排除効果の存在を取り上げ、市場効果要件の立証を行ったものと考えられ、各行為を一連一体として捉えなければこの

120) なお、ニプロ事件において認定された一連の行為に共通する目的から推測されるニプロの意図は「主観的意図」と「客観的意図」が偶然合致したものであるため、本件において裁判所は「主観的意図」の考慮にまで踏み込んだのか、あるいは「客観的意図」の考慮に留まったのかは知る余地の無い所である。そのため、以下では特に意図を「主観的意図」・「客観的意図」というように区別することなく検討を進めていくこととする。詳しくは、泉水・前掲注(30) 39～40頁参照。

ような観点からの立証は困難であったといえる。つまり、各行為を一連一体のものとして捉えるためには、やはり意図の認定が欠かせなかったといえる。

次に、②の説をとる場合には、判決は審決の判断を参照して各行為を一連一体のものと捉えたうえで排除行為該当性の判断を行っていると考えられ、審決では各行為に共通する意図を認定し、それをもって各行為が一連一体として行われたと示していることから、審決の判断を参照する以上、意図の認定を欠かせなかったと考えられる¹²¹⁾。

冒頭でも述べたように、通常の単独行為規制の違法性判断においては、事業者の意図については考慮要素として含めることが望ましくないと考えられている。しかし、上記のいずれの説によっても、意図の認定を欠いては本件各行為の独禁法上の不当性を立証することが困難であったと考えられる本件高裁判決は、意図の考慮が裁判所の決定に影響を及ぼした数少ない排除型私的独占事例の一つであり、私的独占規制における限界事例として位置づけられる。

4. 排除行為該当性判断における課題

まず、3節での事例検討を通して、意図には大きく2つの役割があることを明らかにした。

一点目は、立証における補助的な考慮要素としての役割である。東京スター事件では、市場の状況や、取引の特性等の事情に加えて、反競争的意図の不存在を補助的な要素として考慮することで、行為が公正競争阻害性を有しないことを説明している。排除ガイドラインは、意図は補助としての役割を担うものであるとして、このような意図の役割を説明している¹²²⁾。また、NTT東日本事件最高裁判決で示された「排除」の定義のうち、「市場支配力の観点から」という文言に意図を考慮する余地を読み込むことができる。以上から、私的独占事例において意図が補助的な違法性評価要素としての役割を果たすことについては、判例においてもある程度理解されているものとみられる。学説上は、競争者排除事件において、競争者を排除する意図や企図が競争者排除の実効性や正当な理由の欠如を間接的に示唆する場合が

121) [ニプロ事件審決] 271頁参照。

122) 公取委・前掲注(5)第2の1(1)参照。

あると説明する見解がある¹²³⁾。

二点目は、一連の行為として複数の競争者排除行為を規制する際に、一連の行為に包摂される行為を選別する基準としての役割である。道新社事件では、道新社の「函新社の参入を妨害しその事業活動を困難にする目的」を基準として各行為が一連の行為に包摂されると説明されている¹²⁴⁾。ニプロ事件でも、ニプロの「株式会社ナイガイ及び内外硝子工業株式会社の輸入生地管の取扱いをやめさせ、又は一定限度に制限する目的」の下に行われた行為が一連の行為に包摂されると認定されており、一連の行為を認定する際の行為の選別には、意図の認定が不可欠であると考えられる¹²⁵⁾。この意図の役割について、ガイドライン上は「排除する意図の下に複数の行為が行われたときには、これらの行為をまとめて、排除する意図を実現するための一連の、かつ、一体的な行為であると認定し得る場合がある」として、実例をもとに説明されている¹²⁶⁾。しかし、学説上は、一連の行為の認定における意図の役割を詳細に分析した例がない。そのため、裁判実務上は一連の行為における意図の役割が一定の理解を得ている一方で、講学上の理論研究は疎かにされてきたといえる。

以上を踏まえ、以下のような課題が挙げられる。

第一に、意図の取扱いに関する理論研究の遅れが挙げられる。日本では、外形から客観的に評価するか供述や内部文書等によって主観的に判断するかは別として、反競争的意図はあくまで当該事業者の内心の問題であるという理解のもと、反競争的意図を競争者排除行為の認定における考慮要素とすることについて否定的に論じられてきた。反競争的意図の有無が、必ずしも独禁法違反の成否を決する訳ではないということに鑑みれば、この考えは正しいと言える。反競争的意図のもとに競争促進的行為が行われる場合もあれば、その逆の場合もあるからである。確かに、殆どの事例においては、右のような理解が正しいと言える。しかし、3節で検討対象として挙げた事例においてはこの理解が通用しない。例えば、東京スター事件では反競争的意図の有無が補助的ではあるが考慮要素として用いられているが、日本で

123) 白石・前掲注(33)400頁参照。

124) [北海道新聞事件審決]153頁引用。

125) [ニプロ事件審決]195頁引用。

126) 公取委・前掲注(5)第2の1(1)引用。

はこのような意図の役割が理論化されていないのが現状である。

一点目の各論となるが、第二に、一連の行為の違法性認定における意図の役割を説明する理論研究が無いことが挙げられる。一連の行為の違法性認定においては、意図を基準として、独禁法上類型化されていない行為が一連の行為に包摂されるか否かを判断している。すなわち、類型化されていない行為の排除行為該当性の判断を決する要素としての役割を担っているといえる。しかし、学説上は、意図が違法性判断を決することは無いと説明されるに留まり、学説上の理解はこの実態を踏まえられたものとはいえない。

以上2点を纏めると、裁判実務においては意図が一定の役割を担っているという事実がありながら、それを説明するための理論研究の蓄積が乏しいために理論と実務の乖離が生じている。その結果として右に述べたような課題が生じているのであり、意図の役割の体系的な整理と意図の分類を行うことで、これらの課題の解決を試みる必要があると考える。